

República Bolivariana de Venezuela
Tribunal Supremo de Justicia

REVISTA DE DERECHO

14

Caracas / Venezuela, 2004

Observaciones generales sobre el estatuto personal en Derecho Internacional Privado

Mario J. A. OYARZÁBAL*

SUMARIO:

1. El estatuto personal.
2. La Ley Personal: Más allá de la antinomia nacionalidad o domicilio.
3. Concepto de domicilio: 3.1 *Calificación según la lex fori.* 3.2 *Caso de abandono de domicilio extranjero.* 3.3 *El domicilio de los inmigrantes sin admisión permanente y de los refugiados y fugitivos.* 3.4 *Calificación indirecta según la ley del lugar de residencia y calificación material directa.*
4. Casos particulares de sustitución del domicilio por la nacionalidad: La aplicación del reenvío.
5. Autonomía de la voluntad y estatuto personal.
6. Configuración de las reglas de conflicto de jurisdicciones.
7. El domicilio en el contexto del derecho de la integración.

* Universidad Nacional de La Plata y de la Universidad Argentina de la Empresa, Profesor de Derecho Internacional Privado. Miembro del Cuerpo Permanente del Servicio Exterior de la Nación. Cónsul Adjunto de la República Argentina en Nueva York.

Observaciones generales sobre el estatuto personal en Derecho Internacional Privado

Mario J. A. OYARZÁBAL*

SUMARIO:

1. El estatuto personal.
2. La Ley Personal: Más allá de la antinomia nacionalidad o domicilio.
3. Concepto de domicilio: 3.1 *Calificación según la lex fori.* 3.2 *Caso de abandono de domicilio extranjero.* 3.3 *El domicilio de los inmigrantes sin admisión permanente y de los refugiados y fugitivos.* 3.4 *Calificación indirecta según la ley del lugar de residencia y calificación material directa.*
4. Casos particulares de sustitución del domicilio por la nacionalidad: La aplicación del reenvío.
5. Autonomía de la voluntad y estatuto personal.
6. Configuración de las reglas de conflicto de jurisdicciones.
7. El domicilio en el contexto del derecho de la integración.

* Universidad Nacional de La Plata y de la Universidad Argentina de la Empresa, Profesor de Derecho Internacional Privado. Miembro del Cuerpo Permanente del Servicio Exterior de la Nación. Cónsul Adjunto de la República Argentina en Nueva York.

1. EL ESTATUTO PERSONAL

Parece atinada la distinción hecha por Francescakis entre *estatuto personal* y *ley personal*. Mientras que el primero se refiere al conjunto de instituciones o situaciones jurídicas que se vinculan directamente con la persona, la segunda alude al ordenamiento que rige dicho estatuto personal.¹

Las materias que conforman el estatuto personal varían en los diferentes países,² en función de los principios o valoraciones que orientan las soluciones de derecho internacional privado. Mas puede identificarse un "núcleo irreductible del estatuto personal"³ integrado por los problemas que surgen en torno al estado y capacidad de las personas y los derechos inherentes a la misma, respecto de los cuales existe consenso sobre la necesidad de un tratamiento único, estable y centralizado, frente a localizaciones ocasionales o fragmentarias. Consenso que se rompe, no obstante, en materia de capacidad, que los países del *common law* someten generalmente a la ley del acto. Otros sistemas jurídicos añaden en el estatuto personal el derecho de familia y el derecho sucesorio. Y aun el régimen de las personas jurídicas, lo que es harto discutible. Pero la tendencia actual es hacia la reducción del ámbito del estatuto personal, en gran medida por la influencia del derecho anglosajón, que siempre partió de una concepción restringida del concepto, y por la relativización de la importancia de la esfera individual en el derecho moderno a favor de los intereses colectivos.⁴ Este fenómeno ha llevado a parte de la doctrina a hablar de la existencia de una "crisis del estatuto personal",⁵ expresión que evoca el proceso de transformación de una institución originariamente configurada en base a la concepción liberal y personalista del derecho propia del siglo XIX.

¹ Francescakis, Phocion, vº *Statut personnel*, *Encyclopédie Dalloz de droit international*, Vol. II, 1969, pp. 871-73.

² Ver Weinberg de Roca, Inés M., *Derecho Internacional Privado*, 2ª edición, Depalma, Buenos Aires, 2002, pp. 145-6.

³ Pérez Vera, Elisa, *Las personas físicas*, en Pérez Vera, Elisa (dir.), *Derecho internacional privado*, Colex-UNED, Madrid, 1998, Vol. II, pp. 20-1.

⁴ Francescakis, Phocion, *Ob. Cit.*, *lug. cit.*

⁵ Battifol, Henri, *Una crisis del estatuto personal*, Valladolid, 1968.

El Código Civil argentino fue precursor en este campo. El estatuto personal se encuentra implícitamente reglado en los artículos 6, 7 y 948, que someten la capacidad de las personas a la ley del domicilio y que debe considerarse igualmente abarcativo de todos los problemas propios del derecho de la persona, como su existencia, nombre, sexo, y otros atributos jurídicamente tutelados. Pero no se extiende a otras materias que, de acuerdo con las normas argentinas de conflicto, se encuentran también sujetas a la ley domiciliaria, como los efectos del matrimonio (Artículos 162 y 163) o el divorcio (Artículo 164), la adopción (Artículo 339), o la sucesión por causa de muerte (Artículos 3283 y 3612), cualesquiera que hayan sido las razones que movieron al legislador a adoptar ese punto de conexión. Lo opuesto implica una equivocada identificación del estatuto personal con la ley aplicable, que conduce al absurdo de englobar en el ámbito del estatuto personal a los derechos reales sobre ciertos bienes muebles (Artículo 11) y la inmensa mayoría de los contratos (Artículos 1209, 1210 y 1212).

2. LA LEY PERSONAL

Más allá de la antinomia nacionalidad o domicilio

Salvo la derogación parcial operada por normas particulares, principalmente los artículos 10 y 159 del Código Civil respecto de la capacidad para adquirir inmuebles argentinos y para contraer matrimonio, respectivamente, los artículos 6, 7 y 948 del Código Civil argentino constituyen, reiteramos, la fuente fundamental del derecho internacional privado argentino en materia de estatuto personal. El mismo se rige por la ley del país donde las personas están domiciliadas.

Otros países, en su mayoría europeos, han optado, en cambio, por la aplicación de la ley de la nacionalidad. La controversia entre el principio de nacionalidad y el de domicilio como base para la ley personal está en el origen de buena parte de la inseguridad que existe en los casos privados internacionales y del fracaso de numerosos intentos de unificación de los conflictos de leyes. De Winter la ha llamado la "cortina de hierro del derecho internacional privado", cuya caída reduciría dramáticamente el número de relaciones legales claudicantes, válidas en el país del domicilio de la persona, pero desconocidas en el país de su nacionalidad o viceversa, así como de la mayoría de los problemas de reenvío y de calificaciones causados por ese contraste,

a la vez que simplificaría significativamente la administración de justicia haciendo posible una mayor amplificación del reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras.⁶

Los defensores del principio de la nacionalidad enfatizan principalmente que ésta ofrece una estabilidad y una seguridad de las cuales el domicilio carece, sobre todo si es necesario localizarlo en una fecha bastante anterior en el tiempo (teoría del conflicto móvil). La cuestión de la validez de un matrimonio por falta de capacidad de los contrayentes puede plantearse mucho tiempo después del momento adecuado para determinar el punto de conexión, que es el de la conclusión del matrimonio. Además, la noción de domicilio varía significativamente según los países, lo que da lugar a difíciles problemas de calificaciones que, a su turno, resultan en una gran inseguridad jurídica. Por ejemplo, en el Reino Unido el concepto de domicilio que prevalece —domicilio de origen— está más cercano al concepto de nacionalidad que al concepto de domicilio en tanto que “residencia” de los países americanos, incluidos los Estados Unidos, y de la Europa continental. En la mayoría de los países el domicilio se adquiere *animus et corpore* como en el derecho romano. Pero los requisitos del *animus* y aun de la presencia física, así como las reglas relativas a la prueba del domicilio, no son los mismos en todos los países.

A la crítica de la imprevisibilidad del factor domiciliario, sus defensores oponen que la ley nacional constituye una opción frecuentemente inapropiada en materia de estatuto personal. Siendo el lugar donde la persona vive y trabaja, la ley del domicilio se adapta mejor a las condiciones actuales de su existencia que la ley del país de su nacionalidad que ha cesado de manifestarse por vínculos tan efectivos. En los países de inmigración, este argumento aparece reforzado por consideraciones de oportunidad política, en cuanto la aplicación de la ley del domicilio a los extranjeros acelera su asimilación.⁷ Además, como la gran mayoría de los problemas legales relativos al estatuto personal se plantean en el país donde la persona vive, la unidad de *forum* y de

⁶ de Winter, Louis I., *Domicile or Nationality. The Present State of Affairs, Recueil des cours*, Vol. 128, 1969-III, pp. 357-60 y 487-93.

⁷ Ver Perezniecto Castro, Leonel, *La tradición territorialista en droit international privé dans les pays d'Amérique Latine, Recueil des cours*, t. 190, 1985-I, pp. 275 y ss.

iuris simplifica substancialmente la administración de justicia. Otro argumento alude a que la aplicación de la ley nacional a menudo perjudica los intereses de terceros que pueden verse afectados en su buena fe comercial respecto de la capacidad del co-contratante. La aplicación de la ley del domicilio, en la práctica reduce la necesidad de recurrir a correctivos como el de la doctrina Lizardi.⁸ Destacándose por último que la evolución del derecho de la nacionalidad tiende a multiplicar el conflicto de leyes nacionales, y aun el cúmulo de nacionalidades en virtud del principio de igualdad de sexos por el que ambos progenitores tienden el derecho de transmitir su nacionalidad a sus descendientes.⁹ En defecto de una nacionalidad común, es previsible que los miembros de una familia compartan al menos el mismo domicilio. Todas estas razones explican, quizás, el prestigio de que goza la ley del domicilio en la actualidad y el avance constante de sus partidarios en aquellos países donde la conexión del estatuto personal a la ley nacional es tradicional.¹⁰

En verdad, los argumentos a favor de los principios de la nacionalidad y del domicilio son tan válidos como contrapuestos, sin que ninguno esté en condiciones de ofrecer una solución totalmente satisfactoria. Precisamente para

⁸ de Winter, Louis I., *Ob. Cit.*, pp. 411-2.

⁹ Ver, de nuestra autoría, *La doble nacionalidad en el derecho internacional y en la legislación argentina*, en *Revista de derecho internacional y del Mercosur-REDIM*, año 7 N° 1, pp. 7-25; y *La nacionalidad argentina - Un estudio desde la perspectiva del derecho internacional público, del derecho internacional privado y del derecho interno argentino, con referencias al derecho de la integración*, La Ley, Buenos Aires, 2003.

¹⁰ Principalmente: en Francia, Francescakis, Phocion, *Les avatars du concept de domicile dans le droit international privé actuel*, *Travaux du Comité français de droit international privé (1962-1964)*, pp. 281-323; Loussouarn, Yvon, *La dualité des principes de nationalité et de domicile en droit international privé*, *Annuaire de l'Institut de Droit International (Ann. IDI)*, 1987, Vol. II, pp. 295-352; y Mayer, Pierre, *Evolution du statut de la famille en droit international privé*, *Journal de droit international (Clunet)*, t. 104, 1977, pp. 447 y ss., especialmente pp. 451-7; en Alemania, Graue, E. D., *Domicil, Nationality and Proper Law of the Persons*, *German Yearbook of International Law*, Vol. 19, pp. 254 y ss.; y en los Países Bajos, de Winter, Louis I., *Domicile or Nationality. The Present State of Affairs*, *Cit.*, y *Le principe de la nationalité s'effrite-t-il peu à peu*, *Netherlands Int. Law Review*, 1962 (*De Conflitu Legum, Mélanges Kolloewijn-Offerhas*), pp. 514-28. En Venezuela, la Ley de derecho internacional privado de 1998 abandonó el punto de conexión de la nacionalidad utilizado desde la segunda mitad del siglo XIX para determinar la ley aplicable a las personas naturales en asuntos concernientes a la familia y a las sucesiones, y dio preferencia al domicilio, debido a las condiciones demográficas, económicas y sociales vigentes en Venezuela, como se indica en la Exposición de Motivos; ver Hernández-Bretón, Eugenio, *El domicilio de las personas físicas en el DIPr., actual*, en *Libro homenaje a Gonzalo Parra-Aranguren*, Addendum, 2001, pp. 147 y ss.; Parra-Aranguren, Gonzalo E., *The Venezuelan Act on Private International Law of 1998*, *Yearbook of Private International Law*, Vol. 1, 1999, pp. 110-4.

superar esta controversia se ha ido abriendo camino, principalmente a través de los trabajos de la Conferencia de La Haya, un criterio funcional que refleja de mejor modo la situación real: la ley de la residencia habitual. La residencia habitual representa una aproximación al principio domiciliario, si bien significa una situación *de hecho*, por oposición al domicilio que es un concepto *legal*. La noción de “residencia habitual” denota el *factum* de la presencia física de una persona en un lugar por un considerable período de tiempo, sumado, en opinión de algunos autores, al *animus* de permanecer allí,¹¹ mientras que para otros tal voluntad es sólo de establecer un “centro de existencia” en ese lugar. En todo caso, “residencia habitual” alude al hogar, el lugar donde una persona habita y que constituye el centro de su vida doméstica, social y civil (*Restatement of the Law Second, Conflict of Laws 2d*, § 12), su centro de vida efectivo (*centre effectif de la vie*). Es lo que de Winter ha llamado *domicilio social*,¹² y que implica las relaciones sociales de una persona —culturales, políticas, económicas y personales— con una comunidad legal. La intención de la persona afectada es irrelevante si no puede inferirse de ciertas circunstancias de hecho. De ahí que los incapaces tienen su residencia habitual en el lugar donde ellos mismos viven; no existe una residencia habitual dependiente de la del representante.

La progresiva influencia de la residencia habitual como punto de conexión en las modernas convenciones de La Haya, es en parte consecuencia, pero también en parte causa, de la creciente significación de este criterio en la opinión de autorizados autores modernos de derecho internacional privado, así como en más o menos recientes legislaciones nacionales y decisiones de la jurisprudencia, principalmente en los países tributarios del principio de la nacionalidad cuando los esposos poseen diferentes nacionalidades o en orden a proteger a los menores residentes allí, y aun para el nombramiento de curadores y en el campo del derecho sucesorio.¹³ También nuestras convenciones interamericanas han recurrido a la residencia habitual, especialmente

¹¹ *V.gr.*, en nuestro ámbito, Fernández Arroyo, Diego P., *Personas físicas*, con la colaboración de Carlos Bertosi, en Fernández Arroyo, Diego P. (coord.), *Derecho internacional privado de los Estados del MERCOSUR - Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay*, Buenos Aires, Zavalia, 2003, p. 510.

¹² de Winter, Louis I., *De maatschappelijke woonplaats*, traducido al italiano en *Rivista di diritto internazionale*, 1963, p. 233.

¹³ Para una reseña minuciosa de convenciones, legislaciones y casos (hasta el año 1969), ver de Winter, Louis I., *Domicile or Nationality. The Present State of Affairs*, *Cit.*, pp. 423-78.

en cuestiones relativas a menores, como adopción (CIDIP III), obligaciones alimentarias (CIDIP IV), restitución y tráfico internacional de niños (CIDIP IV y V, respectivamente). Mas, cabe advertir con Pérez Vera que, pese a los progresos realizados desde la perspectiva funcional abierta por la noción de residencia habitual, en cada sistema jurídico existe siempre un campo irreductible sometido respectivamente a la ley nacional o a la ley domiciliaria según los casos.¹⁴ Con lo que la controversia entre nacionalidad y domicilio no puede considerarse, ni mucho menos, cerrada.

En la Argentina, la residencia carece de relevancia jurídica, salvo respecto de quien no tiene domicilio fijo, supuesto en que la ley eleva la mera residencia al rango de domicilio legal (Artículo 90 inc. 5, Cód. Civ.).

Ambiguamente, el Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado, que actualmente se encuentra a consideración del Ministerio de Justicia de la Nación, somete en general a la persona humana al derecho de su domicilio (Artículos 47 a 50), el que es definido a los efectos del Código como "el país donde la persona tiene su centro de vida" (Artículo 6 inc. b). En su defecto se aplica la ley de la "residencia habitual", que el Código no define quizás porque alude a su significado vulgar de lugar donde habita ordinariamente la persona. ¿Pero el país donde la persona tiene su centro de vida no es acaso el país donde la persona ordinariamente habita? Aparentemente no en la concepción de los redactores del Proyecto. De lo contrario no se explicaría tal distinción terminológica. Infiero que la noción adoptada de domicilio no difiere substancialmente del concepto técnico de "domicilio real" del Código Civil vigente que analizamos más abajo. No obstante, tiene la virtud de estar conceptualizado *ad hoc* para casos más o menos multiestatales, no internos, dejando un amplio espacio a la labor interpretativa de los jueces para determinarlo concretamente a la luz de las circunstancias y la justicia del caso.

¹⁴ Pérez Vera, Elisa, *Ob. Cit.*, p. 27.

3. CONCEPTO DE DOMICILIO

3.1 CALIFICACIÓN SEGÚN LA LEX FORI

A los efectos de la aplicación de las normas argentinas de conflicto, el domicilio se define por el derecho civil argentino (Artículos 44 y 89 a 101, Cód. Civ.), según el principio por el cual los puntos de conexión se califican por la *lex fori*.

En el derecho argentino el domicilio presenta los siguientes caracteres: es *legal*, en cuanto la ley lo instituye; es *necesario*, en cuanto no puede faltar en toda persona; y es *único*, en cuanto nadie puede tener dos domicilios simultáneos, ya que la constitución de un nuevo domicilio importa la cesación del anterior. El domicilio general puede ser legal o real. El domicilio legal es el lugar donde la ley presume, sin admitir prueba en contrario, que la persona reside de forma permanente para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones, aunque de hecho no esté presente allí (Artículo 90 Cód. Civ.). Por ejemplo, los funcionarios públicos tienen su domicilio en el lugar en que deben llenar sus funciones (Artículo 90 inc. 1); los incapaces tienen el domicilio de sus representantes (Artículo 90 inc. 6); y las personas que trabajan en casa de otros tienen el domicilio de la persona a quien sirven, siempre que residan allí (Artículo 90 inc. 8). La caducidad del domicilio legal se produce por la cesación del hecho que lo motivó (Artículo 91). El domicilio real es el lugar de la residencia permanente de la persona (*corpus*) con la intención de establecer allí el asiento de su actividad (*animus*) (Artículo 89). Este domicilio es de libre elección en cuanto su constitución, mantenimiento o cambio y extinción dependen enteramente de la voluntad de la persona. La extinción del domicilio real o voluntario sólo se produce por la constitución de un nuevo domicilio, sea real o legal (Artículo 97). En virtud del carácter de "unidad" a que hiciéramos referencia, en caso de conflicto, el domicilio legal desplaza al domicilio real, pues en verdad en tal supuesto la persona sólo tiene residencia pero no domicilio real.¹⁵

¹⁵ Ver, en general, Llambías, Jorge Joaquín, *Tratado de derecho civil. Parte general*, 18ª edición actualizada por Patricio Raffo Benegas, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, t. I, pp. 533-62.

3.2 CASO DE ABANDONO DE DOMICILIO EXTRANJERO

Un caso plantea dificultades especiales. El artículo 96 del Código Civil establece que si una persona domiciliada en el extranjero abandona su domicilio sin ánimo de volver a él, tiene el domicilio de origen. El domicilio de origen es el domicilio del padre en el día del nacimiento de los hijos (Artículo 89, 2ª parte). Si el padre no fuera conocido, el domicilio de origen debería fijarse en el domicilio de la madre que lo reconoció. Los hijos de filiación desconocida tienen el domicilio de origen en el hospicio que los hubiese recogido. El domicilio de origen es otra hipótesis de domicilio legal, aunque no enunciada en el Artículo 90. Boggiano,¹⁶ siguiendo a Busso,¹⁷ ha propugnado la siguiente distinción: si la persona que abandona su domicilio extranjero carece de domicilio durante considerable tiempo, habría que tenerla por domiciliada en el lugar de su residencia (Artículo 90 inc. 5); pero si se hallare en viaje con la intención de establecer un nuevo domicilio, el último domicilio debería prevalecer. Esta interpretación es congruente con el principio según el cual el domicilio perdura mientras no se constituya uno nuevo, establecido en el artículo 98 para el caso de abandono de domicilio argentino. Si el último domicilio fuera desconocido habría que recurrir a la residencia, y sólo ante la imposibilidad de aplicar el artículo 90 inc. 5 acudir al domicilio de origen. Naturalmente que se trata de una posición doctrinaria que, hasta donde sabemos, no tiene recepción jurisprudencial. Tampoco tiene fundamento positivo la interpretación de Goldschmidt, para quien el artículo 96 quiere probablemente favorecer el domicilio de origen argentino y sólo debería aplicarse en este caso.¹⁸

3.3 EL DOMICILIO DE LOS INMIGRANTES SIN ADMISIÓN PERMANENTE Y DE LOS REFUGIADOS Y FUGITIVOS

El domicilio de los inmigrantes sin admisión permanente se determina de conformidad con los criterios antes expuestos, sin que quepa hacer diferencia-

¹⁶ Boggiano, Antonio, *Derecho internacional privado*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991, t. I, p. 637.

¹⁷ Busso, Eduardo, Videla Escada, Federico y López Olaciregui, María, *Código Civil anotado*, Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1944, t. I, N° 3.

¹⁸ Goldschmidt, Werner, *Derecho internacional privado*, 8ª edición revisada, Depalma, Buenos Aires, 1992, p. 183.

ción alguna a los efectos del funcionamiento de las normas argentinas de conflicto con fundamento en su precaria condición. El ingreso o la permanencia ilegal en el país ni el fantasma de la expulsión impiden la constitución de domicilio en la Argentina, si la persona tiene la requerida intención, así como la requerida residencia actual. Resulta, no obstante, dudoso si el conocimiento de que uno está viviendo al margen de la ley, y que continuará así indefinidamente, hace posible tener un *animus manendi* de la calidad requerida para adquirir un domicilio de elección. Es que el *animus manendi*, si bien no requiere una absoluta intención de residir permanentemente, al menos debe ser una intención incondicional de residir por un indefinido período de tiempo. Se podría sostener que una intención condicionada a que la persona escape a la atención de las autoridades que tienen la obligación legal de deportarla, no alcanza a configurar el *animus manendi* requerido por la ley para establecer un domicilio de elección. Pero si la persona obtuvo la admisión como residente permanente en el país, los temores de que la misma pueda ser revocada de producirse alguna de las circunstancias que causan la "declaración de ilegalidad y cancelación de la permanencia" establecidas en el 62 de la nueva ley de Política migratoria argentina 25.871 (BO, 21/1/2004), como es la condena judicial por delito doloso que merezca pena privativa de la libertad mayor de cinco años (inc. b), no impiden necesariamente un suficiente *animus*.

Otra cuestión íntimamente relacionada es si una persona pierde el domicilio argentino cuando es deportado o expulsado del país en cumplimiento de la legislación migratoria nacional. Por cierto, que una persona que ha adquirido un domicilio de elección no lo pierde porque se haya dictado una orden de expulsión en su contra. Sólo lo pierde cuando es realmente expulsado, aun cuando tenga la intención de regresar al país, si su reingreso está legalmente prohibido (ver Artículo 63, ley 25.871). No obstante, cabría considerar subsistente el domicilio argentino hasta que constituya uno nuevo en el exterior (Artículo 98, Cód. Civ.). Salvo que el extranjero se proponga tener una situación ambulante, en cuyo caso debería considerárselo domiciliado en su residencia (Artículo 90 inc. 5). Lo mismo se aplica en el caso de fugitivos de la justicia criminal y de refugiados políticos, si bien la intención del fugitivo de abandonar su domicilio en el país y de adquirir uno nuevo en el exterior es una cuestión de hecho en cada caso. Si un refugiado político tenía la intención de regresar y lo hizo tan pronto como la situación política argentina cambió, retuvo su domicilio aquí. Pero si no tenía

esa intención o no regresó a residir a la República, luego de transcurrido un cierto lapso del advenimiento de la democracia, pudo haber adquirido un nuevo domicilio en el país a donde se refugió. En el caso de un fugitivo de la justicia criminal, cabría presumir su intención de abandonar su domicilio en el país, a menos que el castigo del que busca escapar sea trivial o el plazo de prescripción del delito o de la pena sea relativamente corto. De igual modo, una persona que deja el país para evadir a sus acreedores puede perder su domicilio argentino, salvo que planee regresar tan pronto haya pagado o se haya liberado de sus deudas.¹⁹

3.4 CALIFICACIÓN INDIRECTA SEGÚN LA LEY DEL LUGAR DE RESIDENCIA Y CALIFICACIÓN MATERIAL DIRECTA

Ya en el ámbito convencional, el Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 somete la definición del domicilio a la ley del lugar en el cual la persona reside (Artículo 5). Es decir, que la ley del país de la residencia de una persona determina las condiciones para que la residencia constituya domicilio, incluidos la legalidad y los motivos del ingreso y de la permanencia de la persona en su territorio.

Por su parte, el Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940 califica materialmente el domicilio de una persona física como la residencia habitual en un lugar con ánimo de permanecer en él (Artículo 5 inc. 1). A falta de tal elemento, la residencia habitual en un mismo lugar del grupo familiar (inc. 2); y, en su defecto, el lugar del centro principal de sus negocios (inc. 3). En ausencia de todas estas circunstancias, se reputa como domicilio la simple residencia (inc. 4). El ánimo de cambiar de domicilio hay que buscarlo en las declaraciones del residente ante las autoridades del lugar a donde llega y, en su defecto, de las circunstancias del cambio. De esto último resulta que la legalidad del ingreso no constituye un requisito para

¹⁹ Sugerimos la siguiente literatura: Dicey & Morris, *The Conflict of Laws*, 12th edition under the general editorship of Lawrence Collins, Sweet & Maxwell, London, 1993, Vol. 1, pp. 139-40 y 143-4; Kutner, Peter B., *Common Law in Southern Africa. Conflict of Laws and Torts Precedents*, Greenwood Press, New York-Westport, Connecticut-London, 1990, pp. 23-28 (buena reseña de los *leading cases* resueltos por los tribunales de Sudáfrica y de Rodesia del Sur); y Spiro, *Domicile of Illegal Immigrants*, *International and Comparative Law Quarterly*, 1963, Vol. 12, y *Deportation and Domicile*, *South African Law Journal*, 1964, Vol. 81.

que la residencia constituya domicilio. El artículo 6 consagra los principios de *necesidad y unidad* de domicilio.

4. CASOS PARTICULARES DE SUSTITUCIÓN DEL DOMICILIO POR LA NACIONALIDAD

La aplicación del reenvío

La materia del estatuto personal –considerada en sentido amplio– es la que ha suscitado la aplicación más sistemática de la teoría del reenvío, especialmente como una manera de armonizar los sistemas basados en la ley nacional y la ley domiciliaria.²⁰

Al estatuto personal de los argentinos domiciliados en la Argentina se aplica, naturalmente, la ley domiciliaria. A los extranjeros domiciliados en la Argentina también. Los argentinos domiciliados en el extranjero se rigen por el derecho de su domicilio, salvo que las normas de conflicto del juez extranjero *reenviaran* el caso al derecho argentino de la nacionalidad, en cuyo caso el juez argentino aplicaría su propio derecho privado. Empero, si el derecho extranjero (*V.gr.*, Bélgica) aplicara al estatuto personal de los extranjeros domiciliados en su territorio la ley belga, por efecto del reenvío de primer grado,²¹ deberíamos imitar la probable decisión del juez extranjero. Así también, cuando el derecho del domicilio *reenviara* al derecho de la nacionalidad de un individuo que posee dos o más nacionalidades, el conflicto de nacionalidades debería resolverse siguiendo los pasos del juez del país cuyo derecho indica como aplicable la norma de conflicto, sin que quepa hacer prevalecer arbitrariamente la nacionalidad argentina (en tanto que nacionalidad del foro o nacionalidad efectiva) de modo de aplicar la *lex fori*. Si el juez extranjero fallaría, en definitiva, según su propio derecho privado interno o transmitiría el caso a un tercer derecho, siguiendo eventualmente con transmisiones ulteriores, el juez argentino también lo hará. Es preciso tomar como referencia al juez del país cuyo derecho resulta aplicable para el caso de que

²⁰ Ver, en general, el estudio de Soto, Alfredo Mario, *Derecho internacional privado. La importación del derecho extranjero*, Ciudad Argentina-USAL Universidad del Salvador, Buenos Aires-Madrid, 2001, pp. 165 y ss. único en nuestro país.

²¹ Rigaux, François y Fallon, Marc, *Droit International Privé*, t. II, Droit positif belge, deuxième édition refondu, Larcier, Bruxelles, 1993, p. 294.

la controversia se hubiera radicado allí. Sigo, pues, la fundamental tesis del uso jurídico elaborada por el maestro Goldschmidt,²² y receptada en el artículo 2 de la Convención Interamericana sobre normas generales de Derecho Internacional Privado (CIDIP II), al que cabe recurrir por analogía frente a la laguna en las fuentes internas (Artículo 16, Cód. Civ.).

5. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y ESTATUTO PERSONAL

El Institut de Droit International, en su sesión de El Cairo preconizó una autonomía limitada de la voluntad de las partes en materia de estatuto personal como método de conciliación de los principios de nacionalidad y domicilio.²³

En jurisdicción argentina, habría que admitir una autonomía completa si la ley del domicilio extranjero de la persona le autorizara a elegir el derecho aplicable al estatuto personal o a alguna de sus materias. Hipotéticamente el derecho elegido podría carecer de toda vinculación con la persona o con el caso, pero tiene que ser uno de los que figura en la opción. Una vez más: el juez argentino debe fallar como lo haría el juez del país cuyo derecho resulta aplicable (uso jurídico). Los límites vienen dados por las normas imperativas del derecho elegido y, en última instancia, por el orden público internacional argentino del juez.

Allende este supuesto, cabría considerar, de *lege ferenda*, una autonomía de la voluntad bipolar entre el domicilio (o la residencia habitual) y alguna de las nacionalidades del individuo,²⁴ como factor que favorece la justicia efectiva, la armonía internacional, el respecto de la expectativa de las personas y de los objetivos perseguidos por el legislador en su derecho interno.²⁵

²² Goldschmidt, Werner, *Ob. Cit.*, pp. 137 y ss.

²³ Résolution sur la dualité des principes de nationalité et de domicile en droit international privé, *Ann. IDI*, 1987, Vol. 62-II, p. 290.

²⁴ Carlier, Jean-Yves, Autonomie de la volonté et statut personnel - Etude prospective de droit international privé, Bruylant, Bruxelles, 1992, pp. 261-3, y las fuentes citadas. Ver también Gannagé, P., *La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille*, *Revue critique de droit internationale privé*, 1992, Vol. 3, pp. 425-54.

²⁵ Carlier, Jean-Yves, *Ob. Cit.*, pp. 246-54.

Pero la autonomía de la voluntad en materia de estatuto personal no podría ejercerse sin límites. Por un lado, el estatuto personal debería ser establecido por referencia a una ley y sólo una. La referencia a diferentes órdenes jurídicos para los diversos aspectos de una *misma* relación personal, además de la complejidad que introduce, pone en peligro la seguridad (permanencia) del estatuto personal. Ello no implica la introducción de la inmutabilidad de la elección de la ley aplicable en materia contractual. El cambio de nacionalidad o, más frecuentemente, de la residencia habitual de la persona puede modificar, no ya la regla de conflicto *ad hoc*, sino el derecho material aplicable (solución del conflicto móvil). Además, sería razonable permitirle a una persona que considere que ha perdido vínculos con su nacionalidad o no ha logrado aún conformar vínculos suficientemente estrechos con su nueva residencia habitual, modificar su opción a favor de la ley de la residencia habitual o de su nacionalidad, respectivamente. Sometiendo eventualmente la modificación a un procedimiento judicial o administrativo de homologación de forma simplificada en el cual se verifique la voluntad del interesado y la realidad del punto de conexión elegido, con miras a evitar cambios múltiples o abusivos.²⁶ Por otro lado, el sistema de la opción impone a las personas someterse a la ley designada, incluidas sus normas imperativas. Las que no podrán ser dejadas de lado sino por la acción del orden público del foro y, excepcionalmente, de la ley no designada en el caso de que este orden jurídico presente manifiestamente los vínculos más estrechos con la situación, y por el fraude, cuyo campo, al permitirse la elección entre la ley de la nacionalidad y del domicilio se reduce a aquellos casos en que la persona modifica su nacionalidad o, más fácilmente, su residencia habitual, con la intención de quedar sujeto a una ley que, a la vista de sus nacionalidades o residencias habituales normales, no sería aplicable.²⁷

Se ha dicho, a mi juicio con acierto, que, así concebida, la autonomía de la voluntad presenta la ventaja de poder ser un principio "intermediario" entre el principio primario de proximidad y el elemento material localizador, una fuerza de atracción entre dos polos o línea directriz que permite obtener el resultado concreto deseado.²⁸

²⁶ Carlier, Jean-Yves, *Ob. Cit.*, pp. 269-70 y 274-80.

²⁷ Carlier, Jean-Yves, *Ob. Cit.*, pp. 270-4.

²⁸ Carlier, Jean-Yves, *Ob. Cit.*, pp. 254-7.

6. CONFIGURACIÓN DE LAS REGLAS DE CONFLICTO DE JURISDICCIONES

El concepto de "estatuto personal" también reviste interés desde los ámbitos de la jurisdicción internacional y del reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras vinculadas a las materias que lo componen.

El derecho internacional privado argentino de fuente interna no contiene normas de jurisdicción internacional propias del estatuto personal. Por lo que es menester recurrir a los principios generales. El fundamento positivo podría hallarse en la aplicación analógica del artículo 56 del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940 que establece que las acciones personales deben entablarse ante los jueces del lugar a cuya ley está sujeto el acto jurídico materia del juicio... o ante los jueces del domicilio (actual) del demandado. A falta de domicilio conocido del demandado, la ley 14.394 otorga competencia a las autoridades argentinas en el juicio de ausencia y de presunción de fallecimiento cuando la persona reside en el país (Artículos 16 y 24, respectivamente). Solución igualmente aplicable a las otras cuestiones del estatuto personal en virtud del artículo 90 inc. 5 del Código Civil (personas sin domicilio), o cuando medien razones de urgencia. También cabría afirmar la jurisdicción internacional argentina en el caso de movilidad espacial continua del domicilio del demandado para impedir la denegación internacional de justicia, con base en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la sentencia "Vlasof".²⁹

Los mismos criterios deben ser aplicados, en principio, para controlar la competencia del juez de origen con miras al eventual reconocimiento de eficacia de una sentencia extranjera en nuestro país (Artículo 517 inc. 1, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Además, la sentencia extranjera no debe afectar los principios de orden público del derecho argentino (Artículo 517 inc. 4). Un problema nuevo se presenta en relación al reconoci-

²⁹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 21/3/1960, *Fallos*, 246-87, *Jurisprudencia Argentina*, 1960-III-216; con comentario de Goldschmidt, *La jurisdicción internacional argentina en materia matrimonial y las Naciones Unidas*, *La Ley*, t. 98, p. 287.

miento en la Argentina de decisiones otorgadas en otro Estado en materia de transexualismo.

7. EL DOMICILIO EN EL CONTEXTO DEL DERECHO DE LA INTEGRACIÓN

En una era marcada por una creciente integración en casi todos los campos, el principio de la residencia presenta importantes ventajas prácticas y conduce a soluciones satisfactorias de la mayoría de las situaciones internacionales.

La libertad de circulación de personas y de establecimiento entre los países miembros de espacios política y económicamente integrados, como son la Unión Europea o el MERCOSUR,³⁰ producen –o son susceptibles de producir– el establecimiento de sustanciales poblaciones de inmigrantes que, durante su permanencia en el extranjero, celebran contratos, contraen matrimonios, tienen y adoptan hijos, son nombrados tutores o privados de la patria potestad, se divorcian y redactan testamentos. Si para juzgar sobre la validez y las consecuencias legales de aquellos actos, es necesario aplicar la ley de la nacionalidad³¹ o del domicilio legal de la persona (cuyo concepto puede, por lo demás, variar de país a país),³² será necesario recurrir constantemente a asistencia jurídica autorizada, eventualmente extranjera, con los costos en dinero, tiempo e inseguridad jurídica que trae aparejado.

Además, la adopción de un concepto común de domicilio dentro del MERCOSUR acarrea un importante potencial político. No es casual que en el principal país federal del mundo, Estados Unidos, para la solución de los conflictos de leyes entre sus múltiples sistemas jurídicos estatales, la re-

³⁰ Referimos a los *Acuerdos sobre regularización migratoria interna de los ciudadanos y residencia para nacionales del MERCOSUR, Bolivia y Chile*, firmados en Brasilia el 6 de diciembre de 2002, que consideran el derecho a la residencia y el derecho al trabajo para los nacionales de los países signatarios.

³¹ El Código Civil de Chile de 1855 (vigente) establece que los ciudadanos chilenos continúan regidos por el derecho chileno para su estado y su capacidad, no obstante su domicilio o su residencia en el extranjero, si se trata de actos que tienen un efecto en Chile, y también para las relaciones de derecho de familia respecto de sus cónyuges y parientes chilenos (Artículo 15).

³² Comparar el concepto de domicilio en Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, en Fernández Arroyo, Diego P., *Ob. Cit.*, pp. 521-2, 526, 529-30, y 534-6; y con los artículos 24 a 30 del Código Civil Boliviano.

sidencia sea decisiva, y que a nivel europeo también se estén moviendo consistentemente en ese sentido. Como agudamente observó Schwind cuarenta años atrás: “el principio de la nacionalidad diferencia, mientras que el principio del domicilio amalgama... Donde quiera que la unidad política y económica haya sido establecida frente a los que son, al menos a grandes rasgos, antecedentes históricos, espirituales y culturales comunes, como en la Comunidad Británica o en los Estados Unidos, o donde esa unificación está en curso, como en Europa Occidental, la amalgamación es un requisito esencial y absolutamente deseable, para decir lo menos”.³³

³³ Schwind, Fritz, *Festschrift für Hans Dölle*, Tübingen, 1963, Vol. II, p. 113. Remitimos también a Kohler, Christian, *L'article 220 du Traité CEE et les conflits de juridictions en matière de relations de famille*, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1992, pp. 221-40.